



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 352 / C3 / 222

Data: 18.02.2021

Prin contestația nr. 233887/03.02.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 5659/03.02.2021, depusă de SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL, cu sediul în Iași, șos. Păcurari nr. 128, județul Iași, CUI 6658553, număr de înregistrare în registrul comerțului J22/3277/1994, reprezentată de domnul Edmand Gabriel Valcescu - administrator special și de consorțiul KPMG Restructuring SPRL - Eurobusiness LRJ SPRL, administrator judiciar, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare de încălzitoare electrice pentru gaz, cod CPV 39340000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor 07.12.2020, anunț de participare nr. SCN1078978/18.11.2020, organizată de Societatea Națională de Transport Gaze Naturale TRANSGAZ SA Mediaș, cu sediul în Mediaș, str. Moțaș Constantin nr. 1, județul Sibiu, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea entității la reevaluarea capacității contestatoarei de a executa contractul sectorial.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze

contestația de față, prin care ofertantul SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL reclamă decizia entității contractante Societatea Națională de Transport Gaze Naturale TRANSGAZ SA Mediaș de a îi declara oferta inacceptabilă și de a anula procedura de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, în urma solicitării de prezentare a documentelor justificative DUAE, a depus:

- nota de susținere privind capacitatea Totalgaz Industrie (în insolvență) de continuare a activității operaționale, emisă de către administratorul judiciar al societății; și

- nota explicativă asupra încadrării societății la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și îndeplinirii condițiilor pentru a nu fi exclusă din procedura de atribuire.

Ulterior, entitatea i-a comunicat că oferta este declarată inacceptabilă, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, apreciind că, pe baza informațiilor și a documentelor prezentate, societatea nu a făcut dovada că are capacitatea de a executa contractul sectorial. A concluzionat entitatea că, *„deși propunerea tehnică și financiară depuse în cadrul ofertei au fost declarate conforme și admisibile pentru achiziția având ca obiect Încălzitoare electrice pentru gaz, starea de insolvență în care se află societatea, interpretată prin prisma prevederilor art. 180 din Legea nr. 99/2016, nu permite atribuirea contractului sectorial”*.

Conform art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activității. La alin. (2) se arată: *„Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau a documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.”* Or, prin documentele depuse, susține contestatoarea, a demonstrat incidența acestei excepții, respectiv faptul că are capacitatea de a executa contractul sectorial. Se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare

fezabil, care permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

Comunicarea rezultatului procedurii cuprinde doar extrase din prevederile legale, nu și motivele pentru care acestea s-ar aplica. Nici în cuprinsul raportului procedurii, entitatea nu prezintă motivele pentru care a apreciat oferta societății ca fiind inacceptabilă și, prin urmare, inadmisibilă.

Entitatea contractantă s-a limitat la a constata aplicarea cazului de excludere de la art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, în considerarea stării de insolvență a societății, fără a prezenta argumentele care au condus la concluzia că societatea nu are capacitatea de a executa contractul. Aceasta, în condițiile în care TOTALGAZ INDUSTRIE SRL a prezentat documente din care rezultă că are capacitatea de a executa contractul sectorial, respectiv că se află în perioada de observație, își continuă activitatea și situația societății asigură executarea contractului sectorial. Procedând în această manieră, entitatea a exclus *de plano* aplicarea art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. În același timp, a încălcat prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, conform cărora debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii - potrivit acestei norme, starea de insolvență a unui operator economic nu îi poate fi imputată în ceea ce privește participarea la licitații, respectiv nu poate fi invocată drept motiv al îngrădirii unor drepturi recunoscute prin lege specială.

TOTALGAZ INDUSTRIE SRL se află în procedura insolvenței începând cu 12.08.2020. Prin documentele încărcate în procedura de atribuire, societatea a punctat că se află în perioada de observație, că deschiderea procedurii insolvenței nu i-a afectat activitatea operațională și că are capacitatea de a executa contractul sectorial. Prin nota de susținere depusă la procedură, administratorul judiciar consorțiul KPMG Restructuring SPRL - Eurobusiness LRJ SPRL a confirmat capacitatea societății de a executa contractul. Administratorul judiciar a arătat:

- procedura insolvenței societății TOTALGAZ INDUSTRIE SRL a fost deschisă ca urmare a cererii acesteia, declarându-și intenția de reorganizare prin depunerea unui plan de reorganizare;
- societatea se află în perioada de observație și a adoptat toate măsurile pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea de o manieră sustenabilă a activității curente;
- discuțiile premergătoare avute cu creditorii financiari au fost centrate pe susținerea de către aceștia a unei proceduri de reorganizare judiciară (și, implicit, economică), realizată în cadrul procedurii generale de insolvență, ca unică soluție pentru maximizarea recuperării creanțelor;

- după deschiderea procedurii insolvenței, activitatea operațională a societății a continuat, în prezent aceasta fiind desfășurată fără întreruperi. Totodată, au fost indicate proiectele finalizate de societate de la deschiderea procedurii insolvenței și până la data întocmirii notei, proiectele fiind atât de export, cât și pentru proiecte de importanță strategică pentru sistemul energetic al României;

- societatea nu înregistrează plecări de personal productiv, iar resursele financiare și planificarea încasării lucrărilor și livrărilor finalizate asigură autonomia bugetului de salarii, astfel încât, și din această perspectivă, societatea are capacitatea de a realiza contractul, administratorul confirmând că nu se rețin elemente de natură financiară care să pună în pericol capitalul de lucru necesar onorării comenzilor ce se vor emite pe contractul cu Transgaz;

- principalele contracte pe care societatea le are în portofoliu, a căror stadiu se află în diverse faze de proiectare tehnică, pregătire lansare sau aprovizionare, precum și situația resurselor financiare necesare pentru realizarea contractului. În special, este menționat proiectul de interconectare Isaccea (al cărui beneficiar final este chiar entitatea contractantă), proiect de o complexitate ridicată și cu o importanță strategică pentru România, administratorul judiciar arătând că societatea a respectat termenele de finalizare asumate pe acest proiect, acestea nefiind în niciun fel afectate de derularea procedurii de insolvență;

- strategia TOTALGAZ INDUSTRIE SRL pentru îndeplinirea și gestionarea contractului de încălzitoare electrice pentru gaz;

- considerații privind decuplarea datoriilor istorice bilanțiere, acumulate anterior deschiderii procedurii insolvenței, de activitatea operațională pe parcursul perioadei de observație și votarea planului de reorganizare;

- societatea a luat toate măsurile pentru elaborarea planului de reorganizare și depunerea acestuia după publicarea tabelului definitiv de creanțe, respectiv că se estimează confirmarea planului de reorganizare nu mai devreme de sfârșitul primului semestru al anului 2021. Nu există riscul ca activitatea operațională a societății, respectiv calendarul fluxurilor financiare să fie pus în pericol de plăți a căror întindere depășește data deschiderii procedurii de insolvență.

Potrivit art. 132 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014, debitorul poate propune un plan de reorganizare „cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, cu condiția formulării intenției de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanșată de acesta”. Societatea a formulat intenția de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), cum se arată

și în nota de susținere emisă de administratorul judiciar, iar la acest moment sunt în curs de soluționare contestațiile formulate împotriva tabelului preliminar de creanțe (dosarul nr. 3516/99/2020/a2, Tribunalul Iași). După soluționarea contestațiilor, va fi întocmit tabelul definitiv de creanțe, iar publicarea acestuia va marca termenul de 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare de către debitoare. O parte a planului de reorganizare va consta în calendarul de plăți, care va fi elaborat de administratorul judiciar, *„pe baza activității operaționale curente, implicit a flexurilor necesare derulării acesteia în condiții de continuitate. Este astfel eliminat riscul de a propune un program de plăți care să afecteze de manieră semnificativă capitalul de lucru necesar derulării fără întrerupere a portofoliului de lucrări, din care, va face parte și contractul Încălzitoare Electrice pentru gaz.”*

Analiza acestor elemente conduce la concluzia că nu se rețin elemente de natură financiară care să pună în pericol capitalul de lucru necesar onorării comenzilor ce se vor emite în baza contractului cu TRANSGAZ SA Mediaș. Este producătoarea echipamentelor ce fac obiectul achiziției și livrează acest tip de încălzitoare electrice cu regularitate, fiind unul dintre puținii producători europeni specializați în acest domeniu, cu o experiență de peste 25 de ani în implementarea de asemenea soluții tehnice. Societatea are deja pe stoc trei încălzitoare electrice și materiale necesare lansării în fabricație pentru întreaga comandă, astfel că onorarea contractului nu poate fi periclitată în vreun fel de starea de insolvență.

Organizatoarea s-a rezumat la a deduce că incapacitatea societății de a executa contractul sectorial este o consecință automată a stării de insolvență.

În punctul său de vedere nr. DASC9681/10.02.2021 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 6874/11.02.2021, entitatea contractantă susține în apărare că, în urma analizei ofertei TOTALGAZ INDUSTRIE SRL, comisia de evaluare a constatat incidența motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, iar nu a excepției de la art. 180 alin. (2). Argumentul decisiv care a stat la baza hotărârii de a declara inacceptabilă oferta este acela că starea de insolvență a ofertantului nu permite semnarea contractului sectorial, implicând un risc major pentru realizarea lui. Dacă societatea nu își rezolvă situația financiară și intră în faliment, contractul nu va fi finalizat, iar întârzierile și pierderile financiare vor fi și mai mari. Societatea se află în stare de insolvență încă din data de 12.08.2020.

Pentru a putea forma convingerea comisiei de evaluare asupra încadrării în excepția de la art. 180 alin. (2), contestatoarea ar fi trebuit să demonstreze adoptarea unor măsuri solide privind

continuarea activității la data depunerii ofertelor sau ulterior, la 15.12.2020 (data solicitării de către comisia de evaluare a documentelor suport în susținerea celor declarate de ofertant în DUAЕ, în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor minime de calificare).

Contestatoarea se află în „perioada de observație” (perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment), în aceeași stare aflându-se atât la data de 15.12.2020, când comisia i-a solicitat documentele de calificare, cât și la data la care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire.

Nu a făcut dovada că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, astfel cum prevede art. 180 alin. (2). A avut posibilitatea să aducă această dovadă, cu ocazia solicitării documentelor suport.

Aprobarea planului de reorganizare este de competența exclusivă a comitetului creditorilor, aceeași creditori care nu au aprobat contractul de concordat preventiv. Starea de insolvență vădită a ofertantului subzistă de mai mulți ani, după cum rezultă din oferta de concordat preventiv.

Pentru a evita o posibilă admiterea a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței formulată de creditori, ofertantul a introdus în data de 26.02.2020 o cerere de concordat preventiv, făcând obiectul dosarului nr. 1165/99/2020, aflat pe rolul Tribunalului Iași.

Cu toate că oferta de concordat preventiv trebuia acceptată sau respinsă de creditori într-un termen de maximum 60 de zile, debitoarea obține dublarea acestui termen și eșuează în a convinge creditorii de viabilitatea ofertei de concordat preventiv. Planul de concordat preventiv s-a bazat exclusiv pe identificarea unui finanțator. Prin lipsa adoptării unor măsuri concrete, nu există niciun motiv ca entitatea contractantă să creadă că planul de reorganizare, dacă va fi depus, nu se va baza exclusiv pe aceeași idee a presupusului finanțator și, prin urmare, asemenea concordatului preventiv, va fi respins de creditori.

Cererea de intrare în procedura insolvenței nu aparține debitoarei, cum afirmă administratorul judiciar provizoriu – același care a fost și administrator concordatar – a se vedea dosarul nr. 3516/99/2020 (120/2020) aflat pe rolul Tribunalului Iași, Secția II civilă faliment. Debitoarea achiesează cererii din același motiv pentru care a introdus și cererea de concordat preventiv, anume să evite sau cel puțin să amâne intrarea în faliment.

Conform datelor furnizate de administratorul judiciar provizoriu, în precedenta calitate de administrator concordatar, din analiza principalilor indicatori financiari reiese un grad de solvabilitate critic,

de 1,4, și un grad de îndatorare foarte ridicat, corelat cu valori foarte scăzute pentru lichiditatea imediată. Din oferta de concordat preventiv se observă cum debitoarea folosește contractele încheiate pentru a le cesiona băncilor, iar avansurile primite în cadrul contractelor pentru plata datoriilor istorice. De aici a rezultat incapacitatea onorării la timp a obligațiilor contractuale și înregistrarea de pierderi financiare.

Scopul achiziției este de a asigura produse necesare bunei funcționări a Sistemului național de transport de gaze și nicidecum de a susține, cum pretinde contestatoarea, ofertanți aflați într-o stare financiară precară, împotriva cărora creditorii au solicitat deschiderea procedurii de insolvență. Atribuirea contractului contestatoarei, pe lângă faptul că nu se poate realiza decât cu încălcarea art. 180 alin. (1) lit. b), conduce și la periclitarea funcționării sistemului național, pentru că ofertantul nu va furniza la timp sau chiar deloc produsele necesare.

Comportamentul negativ al contestatoarei rezultă și din multiplele documente constatatoare emise de însăși entitatea contractantă, după cum urmează:

- documentul constatator nr. 46128/02.08.2019, aferent contractului nr. 191/28.02.2019 (robinete necesare pentru execuția proiectului Dezvoltarea sistemului național de transport gaze naturale pe coridorul Bulgaria - România - Ungaria - Austria [BRUA] - faza I: conductă de transport gaze naturale Podișor - Recăș în lungime de 479 km), pentru nerespectarea termenelor contractuale și perceperea de penalități de întârziere în valoare de 2.230.670,88 lei;

- documentul constatator nr. 3168/22.01.2018, aferent contractului nr. 226/31.05.2017 (modernizare SRM Bârcea [montare SRM Cristur - Deva], Hunedoara), pentru întârzieri de 71 de zile și perceperea de penalități de întârziere în valoare de 19.738 lei;

- documentul constatator nr. 3186/22.01.2018, aferent contractului nr. 112/16.03.2017 (modernizare și adaptare la SRM Suceava), pentru întârzieri de 48 de zile și perceperea de penalități de întârziere în valoare de 7692,76 lei;

- documentul constatator nr. 23993/18.05.2018, aferent contractului nr. 460/11.09.2017 (regulatoare de presiune), pentru termene contractuale nerespectate și perceperea de penalități de întârziere în valoare de 138.786,29 lei. Acest document constatator consemnează și un prejudiciu pentru nelivrarea unora din produsele contractate, contravaloarea lor fiind de 254.849,27 lei;

- documentul constatator nr. 1927/15.01.2020, aferent contractului nr. 670/05.07.2019 (traductor de presiune cu display 4 -20 mA, ansamblu complet și supapă de siguranță cu pilot tip 4L6ANSI), pentru nerespectarea termenelor contractuale de livrare

cu 25 de zile, penalități calculate și încasate în valoare de 539,75 lei.

Toate aceste documente constatatoare atestă un comportament negativ al contestatoarei, sunt publicate în SEAP și neatacate de contestatoare.

În proiectul de interconectare Isaccea, contractantul Rominserv a depus eforturi uriașe în vederea obținerii echipamentelor ce trebuiau furnizate de către Totalgaz Industrie SRL și, ulterior, înglobate de executant în lucrarea având ca beneficiar Transgaz SA. Executantul lucrării a transmis o amplă corespondență către Transgaz SA, prin care a înștiințat asupra imposibilității respectării termenului de execuție contractat din cauza a două evenimente majore ce au intervenit pe durata executării contractului: pandemia Covid-19 și neîndeplinirea obligațiilor asumate de subcontractantul Totalgaz Industrie SRL, prin nelivrarea echipamentelor ce au făcut obiectul subcontractării. Contractantul a comunicat entității că a fost nevoit să achiziționeze direct de la furnizorii Totalgaz materiile prime și materialele necesare fabricării echipamentelor, lipsind resursele financiare ale subcontractantului Totalgaz. Totodată, executantul proiectului a comunicat faptul că a fost nevoit să suporte inclusiv cheltuielile salariale ale Totalgaz, în vederea menținerii personalului necesar fabricării respectivelor echipamente, personal care ar fi plecat din motiv de neplată a salariilor, având ca efect direct imposibilitatea respectării termenului contractat pentru îndeplinirea proiectului.

Pentru motivele invocate mai sus, entitatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. SCN1078978, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 18.11.2020, entitatea contractantă Societatea Națională de Transport Gaze Naturale TRANSGAZ SA Mediaș a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării a șapte încălzitoare electrice pentru gaz (șase pentru 2 kW și unul pentru 3 kW), estimate valoric la 129.309,88 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 18.11.2020, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-a prezentat un singur operator economic, respectiv SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL, a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, iar achiziția a fost anulată. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, operatorul menționat a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit prin raportul procedurii de atribuire nr. 5193/27.01.2021, rezultat comunicat în aceeași zi. La 03.02.2021, SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la entitatea achizitoare, reclamând respingerea ofertei, măsură considerată nelegală, nemotivată și netemenică.

În respectivul raport și în comunicarea nr. DASC5203/27.01.2021, entitatea organizatoare a consemnat:

În conformitate cu raportul procedurii [...], vă comunicăm că oferta Dumneavoastră a fost declarată inacceptabilă și prin urmare, inadmisibilă, în temeiul prev. art 180 alin (1) lit. b din L99/2016, deoarece entitatea contractantă apreciază că, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic, acesta nu a făcut dovada că are capacitatea de a executa contractul sectorial. Prin urmare, în cauză nu devin incidente prevederile art. 180 alin 2 din L99/2016.

În concluzie, deși propunerea tehnică și financiară depuse în cadrul ofertei au fost declarate conforme și admisibile pentru achiziția având ca obiect Incalzitoare electrice pentru gaz, starea de insolvență în care se află societatea, interpretată prin prisma prevederilor art. 180 din Legea nr. 99/2016, nu permite atribuirea contractului sectorial.

Astfel, procedura de achiziție se anulează în temeiul prevederilor art. 225 alin. 1 lit. a din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale cu modificările și completările ulterioare, întrucât nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă.

Această succintă și generalistă motivare nu poate fi validată de forul administrativ-jurisdicțional, întrucât nu acoperă rigorile art. 228 alin. (2) lit. b) și art. 230 alin. (2) lit. b), coroborat cu alin. (3) lit. b), din Legea nr. 99/2016:

Art. 228. - (2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă are obligația de a cuprinde:

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;

Art. 230. - (2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații:

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare și/sau selecție a candidaților/ofertanților și/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

(3) Informațiile care fac obiectul alin. (2) lit. b) sunt următoarele:

b) denumirea candidaților sau ofertanților respinși și motivele respingerii.

Cu titlu de jurisprudență relevantă, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2986 din 10 aprilie 2014 (dosar nr. 3761/2/2011*) a reținut:

Obligația autorității emitente de a motiva actul administrativ constituie o garanție contra arbitrarului administrației publice, fiind necesară justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza adoptării lui. Pentru a-și exercita atribuția de control al legalității actelor administrative, instanța de judecată trebuie să cunoască rațiunile pentru care emitentul actului, în îndeplinirea puterii sale discreționare, a ales soluția criticată de cel vătămat, iar această motivare trebuie să fie intrinsecă actului administrativ.

În consecință, având în vedere necesitatea cunoașterii rațiunii emiterii actului administrativ atât de către destinatarul acestuia, cât și de către instanță, obligația motivării actului administrativ reprezintă o condiție de legalitate a acestuia, sancțiunea pentru nemotivarea actului administrativ neputând fi decât anularea lui.

Tribunalul București, Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 6869 din 29 octombrie 2018, dosar nr. 16938/3/2018, a consemnat, între altele:

Tribunalul reține că nu este prevăzut un standard al motivării actului administrativ, dar în mod necesar acesta trebuie să cuprindă temeiurile de drept și elementele de fapt care să permită destinatarului să cunoască și să evalueze implicațiile deciziei și să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate.

A motiva implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea și aprecierea legalității actului administrativ, iar importanța acestei exigențe depinde în mod considerabil de natura actului, de contextul juridic în care el intervine, precum și de interesele pe care destinatarii actului ar putea să le aibă în primirea acestor explicații și deci motivarea trebuie să permită judecătorului să exercite un control asupra elementelor de fapt și de drept care au servit drept bază de exercitare a puterii de apreciere.

În speță, aprecierea că, „pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic, acesta nu a făcut dovada că are capacitatea de a executa contractul sectorial”, apare a fi insuficientă, subiectivă și arbitrară, dat fiind că membrii comisiei evaluatorii nu relevă care sunt acele informații „și/sau” documente la care se referă și nici în ce fel nu demonstrează producătorul capacitatea de a executa contractul, mai cu seamă că SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL are o îndelungată experiență în asemenea soluții tehnice (de 25 de ani, după cum declară la pag. 11 din contestație), livrând anterior încălzitoare electrice pentru TRANSGAZ (la fila 49/207 a documentației transmise Consiliului de către organizatoare există o fotografie a unui asemenea încălzitor produs în 2013 de contestatoare).

Comisia evaluatorie nu explică, în actele procedurii, în ce fel informațiile „și/sau” documentele contestatoarei nu îi demonstrează capacitatea concretă de a executa contractul, concluzie de care Consiliul de detașează, văzând adresa din 7 decembrie 2020 a reprezentantului administratorului judiciar, consorțiul KPMG Restructuring SPRL - Eurobusiness LRJ SPRL, conform căruia deschiderea procedurii de insolvență nu a afectat activitatea operațională a societății, existând mai multe contracte finalizate sau în curs de derulare. Societatea nu înregistrează plecări de personal productiv, iar resursele financiare și planificarea încasării lucrărilor și livrărilor finalizate asigură autonomia bugetului de salarii „pentru un orizont de cel puțin 6 luni”. „[N]u se rețin elemente de natură financiară care să pună în pericol capitalul de lucru necesar onorării comenzilor ce se vor emite în baza contractului cu Transgaz.” De asemenea, sunt prezentate și alte argumente care sprijină potențialul companiei de a executa contractul supus competiției, argumente rămase neanalizate de către comisia evaluatorie.

Deosebit de important, în speță, este propunerea de la pag. 2 a adresei administratorului, în sensul implementării unui proces de monitorizare în timp real, care să asigure încadrarea comenzii în timp real, însemnând că Transgaz îi este lăsată libertatea de a verifica în mod continuu buna execuție a contractului. Separat, drept asigurare a bunei execuții, viitorul contractant este ținut să prezinte entității o garanție de bună execuție (10% din valoarea contractului,

fără TVA), pe care cea din urmă o poate oricând lichida, dacă apreciază că societatea contractantă nu își respectă obligațiile contractuale, inclusiv de executare a livrărilor la prețurile și nivelul calitativ declarate.

În speță, valoarea ofertată, de 129.300 lei, fără TVA, distribuită pe durata contractului și împărțită la cele șapte încălzitoare, nu reprezintă o sumă care să destabilizeze activitatea companiei, cu o cifră de afaceri de peste 50 mil. lei și active de peste 180 mil. lei, în 2019, potrivit propunerii KPMG Restructuring SPRL din februarie 2020, pag. 5. În plus, contestatoarea a punctat că are deja pe stoc unele încălzitoare și materiale pentru lansarea producției pentru întreaga comandă. Nici durata preconizată a contractului (două luni) nu apare a fi genera un risc evident de neexecutare a lui.

În situația înfățișată, observând și că organizatoarea nu a reținut în raportul procedurii argumente concrete și concludente pentru care să excludă apărările ofertantei și ale administratorului său judiciar, Consiliul determină că nu este incident motivul de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 (*„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activității;”*), ofertanta încadrându-se la excepția de la alin. (2) al aceluiași articol (*„Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.”*).

Chiar dacă starea de insolvență a societății „subzistă de mai mulți ani”, în sine, această stare nu este de natură a împiedica societatea să liciteze contracte sectoriale. Dimpotrivă, menținerea funcțională a societății pe această perioadă prezumă relativ că are capacitatea de a funcționa în continuare, respectiv de a fabrica și livra încălzitoarele dorite de TRANSGAZ.

Conform principiului proporționalității, astfel cum a reținut Curtea Constituțională în Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014, paragraful 28, orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională - justul echilibru între interesele concurente pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. Cu privire la testul de proporționalitate, a se vedea și Decizia nr. 686 din 26 noiembrie 2014, Decizia nr. 390 din 2 iulie 2014 sau Decizia nr. 266 din 21 mai 2013. Determinând că există un risc privind concretizarea ofertei în limitele prescrise de caietul de sarcini, entitatea contractantă avea posibilitatea și îndatorirea de a stabili cu precizie care sunt condițiile concrete de care dispune societatea ofertantă pentru aducerea la îndeplinire a contractului, precum și de a impune măsuri de monitorizare în timp real a evoluției îndeplinirii obligațiilor contractuale (permisă expres de ofertantă).

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către organizatoare a incidenței excepției de la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și, pe cale de consecință, în limita celor reținute mai sus, criticile societății contestatoare sunt fondate. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația nr. 233887/03.02.2021, în contradictoriu cu Societatea Națională de Transport Gaze Naturale TRANSGAZ SA Mediaș, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 5193/27.01.2021 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5203/ 27.01.2021, și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației competiției, a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale și a considerentelor de mai sus.

Pledoaria TRANSGAZ SA este construită și pe motive care nu se regăsesc în raportul procedurii de atribuire (existența unor documente constatatoare negative și a unor dificultăți în implementarea proiectului Isaccea), respectiv care nu sunt asumate de membrii comisiei de evaluare, astfel încât Consiliul nu poate reține a fi relevante în litigiul de față aceste motive extrane.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC TOTALGAZ INDUSTRIE SRL nr. 233887/03.02.2021, în contradictoriu cu Societatea Națională de Transport

Gaze Naturale TRANSGAZ SA Mediaş, şi anulează raportul procedurii de atribuire nr. 5193/27.01.2021 şi comunicarea nr. 5203/27.01.2021. Obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, precum şi la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentaţiei de atribuire şi a legislaţiei privind achiziţiile sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei şi aprobarea raportului procedurii, entitatea va comunica rezultatul procedurii, potrivit legislaţiei aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREŞEDINTE,
Maria GHEORGHE

MEMBRU,
Dumitru-Viorel PÂRVU

MEMBRU,
Daniel ŞERBAN

Redactată în patru exemplare, conţine doisprezece pagini.